

# Etudes et doctrine

## CHRONIQUE

### La notion d'« objet anticoncurrentiel » et la sécurité juridique des entreprises

CATHERINE GRYNFOGEL, Maître de conférences HDR à l'Université Toulouse I-Capitole

1. Assurer la sécurité juridique des entreprises est devenu une clause de style dans les textes législatifs et réglementaires du droit européen de la concurrence. S'il convient d'assurer le maintien de l'ordre public concurrentiel en sanctionnant sévèrement les « écarts de conduite » des opérateurs économiques, il importe en même temps de leur assurer une certaine sécurité juridique, de façon qu'ils puissent déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. En d'autres termes, les textes et la jurisprudence doivent être clairs, compréhensibles et, surtout, prévisibles.

Est-ce toujours le cas ? Le doute est permis, compte tenu notamment du mouvement récent tendant à élargir la notion d'« objet anticoncurrentiel » (1). Depuis quelques années, la jurisprudence européenne fait montre, en effet, d'une appréciation plutôt « souple » de la restriction de concurrence par objet, brouillant la visibilité des entreprises en remettant en cause la distinction objet/effet dans la caractérisation des pratiques anticoncurrentielles (2).

## I. Des postulats classiques à l'élargissement de l'« objet » par le contexte général

2. L'identification d'une pratique restrictive de concurrence nécessite la réunion de différentes conditions parmi lesquelles, pour les ententes entre entreprises, un objet ou un effet anticoncurrentiel, précise l'article 101 du TFUE (3). Il y a là une alternative à deux branches dont l'enjeu probatoire est important à différents niveaux (voir n<sup>os</sup> 4 et 20).

### A. Les acquis

#### 1. La distinction objet/effet et ses conséquences

3. Lorsqu'elles sont confrontées à une pratique restrictive de concurrence, les autorités de contrôle examinent d'abord l'objet anticoncurrentiel et se contentent de celui-ci, une fois identifié, pour condamner la pratique. En d'autres termes, la recherche et la prise en considération d'effets anticoncurrentiels est superflue, lorsque l'objet anticoncurrentiel a été

caractérisé à suffisance (4). Cette jurisprudence constante a été synthétisée dans les Lignes directrices (LD) de la Commission du 27 avril 2004 (5) qui, après avoir souligné l'importance de la « distinction entre les accords ayant pour objet et ceux ayant pour effet de restreindre la concurrence (...) », en tire les conséquences suivantes : « (...) Dès lors qu'il a été établi qu'un accord a pour objet de restreindre la concurrence, il n'est pas nécessaire de tenir compte de ses effets concrets. En d'autres termes, aux fins de l'application de l'article 81, § 1 CE (6), il n'est pas nécessaire de prouver qu'un accord a eu des effets anticoncurrentiels, dès lors qu'il a pour objet de restreindre la concurrence (...) » (LD, point 20).

Qu'il s'agisse d'accords entre entreprises ou de pratiques concertées, la Cour de justice souligne ainsi, de façon constante, que « la distinction entre « infraction par objet » et « infraction par effet » tient à la circonstance que certaines formes de collusion entre entreprises peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence » (7).

#### 2. La définition de l'objet anticoncurrentiel

4. Eu égard aux considérations qui précèdent, il apparaît clairement que la distinction objet/effet génère d'importants enjeux probatoires, sa conséquence directe se manifestant, lorsque l'objet est caractérisé, par un allègement de la charge de la preuve pour les autorités de concurrence. Dès lors, l'identification des accords ayant pour objet de restreindre la concurrence prend tout son sens. Selon la Commission, il s'agit de « ceux qui, par nature, ont la capacité de le faire », autrement dit les « restrictions qui, au regard des objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence, sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence, qu'il est inutile, aux fins de l'application de l'article 81 § 1, de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché (...) » (LD, point 21). On présume ainsi, à leur propos, qu'elles génèrent des effets anticoncurrentiels – qu'il n'est donc pas nécessaire de rechercher –, cette présomption reposant « (...) sur la gravité de la restriction et sur l'expérience qui montre que les restrictions de concurrence par objet sont susceptibles d'avoir des effets négatifs sur le marché et de mettre en péril les objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence (...) »

(1) L. Idot, « Le retour de l'objet anticoncurrentiel » : Concurrences 4-2009 p. 1.

(2) Seules seront évoquées ici des affaires d'ententes, bien que la question de la distinction objet/effet puisse aussi se poser en matière d'abus de position dominante.

(3) Il en va de même en droit français (C. com. art. L 420-1).

(4) CJCE 13-7-1966 aff. 56/64, Consten et Grundig, point 496 : Rec. 429 ; CJCE 8-7-1999 aff. 49/92, Anic Participazioni, point 99 : Rec. I-4125 ; CJCE 20-11-2008 aff. 209/07, Beef Industry Development et Barry Brothers,

point 16 : Rec. I-8637 ; CJCE 4-6-2009 aff. 8/08, T-Mobile Netherlands, point 29 : Rec. I-4529, RJDA 1/10 n° 79.

(5) Communication 2004/C 101/08 : JOUE 2004 C 101 p. 97.

(6) Traité FUE art. 101, § 1.

(7) Elle le précise également dans les arrêts commentés plus loin : CJCE 20-11-2008 aff. 209/07, Beef Industry Development et Barry Brothers, point 17 : Rec. I-8637 ; CJCE 4-6-2009 aff. 8/08, T-Mobile Netherlands, point 29 : Rec. I-4529, RJDA 1/10 n° 79.

(ibid.).

L. Vogel, pour sa part, y voit « un cas d'application de la règle de raison. Si l'expérience montre qu'une restriction est, au terme d'une analyse économique, constamment prohibée, il est raisonnable de penser que, par un souci d'économie de procédure, elle soit traitée comme une restriction par l'objet ou restriction caractérisée » (8).

5. Les LD illustrent la catégorie à l'aide d'exemples, tels que « la fixation des prix et le partage du marché, qui entraînent des réductions de la production et des hausses de prix, aboutissant ainsi à une mauvaise répartition des ressources parce que les biens et services demandés par les clients ne sont pas produits. Elles provoquent aussi une réduction du bien-être des consommateurs, en raison des prix plus élevés que ceux-ci doivent payer pour se procurer ces biens et services » (point 21). De façon logique, il s'agit des ententes les plus graves dans la catégorie desquelles sont ajoutées, « en règle générale » précise la Commission, les restrictions caractérisées énumérées dans les règlements d'exemption ou définies comme telles dans les LD et autres communications. S'agissant des accords horizontaux, les restrictions par objet comprennent ainsi la fixation des prix, la limitation de la production et le partage des marchés et de la clientèle. Dans le cas des accords verticaux, la catégorie comprend « notamment l'imposition de prix de revente fixes et de prix de revente minimaux et des restrictions assurant une protection territoriale absolue, dont celles qui portent sur les ventes passives » (LD, point 23).

Voilà quelques indications qui, aussi maigres soient-elles, montrent bien que l'accord anticoncurrentiel par son objet est celui qui poursuit des visées injustifiables, ce qui ne signifie pas qu'il doive être déconnecté du contexte dans lequel il a été conclu. La Commission envisage également la possibilité de l'apprécier au regard de divers facteurs, tels la teneur de l'accord et ses buts objectifs, ou encore le contexte économique et juridique en lequel il s'insère (LD, point 22). Quant à la Cour de justice, elle soutient l'idée selon laquelle des considérations purement théoriques et abstraites sont difficilement défendables au cours de l'examen d'une entente, les clauses des accords en cause devant effectivement être examinées dans leur contexte propre (9).

6. Les restrictions par objet et les restrictions par effet sont donc théoriquement appréciées à partir des mêmes critères, la distinction entre elles résidant dans le degré d'approfondissement des analyses contextuelles. Ce dernier point paraît cependant avoir échappé à la Cour de justice qui, depuis quelques années, interprète la notion de restriction par objet de manière extensive, utilisant à son propos l'analyse contextuelle approfondie que l'on aurait pu croire réservée aux seules restrictions par effet.

## B. L'appel au contexte général pour l'identification de la restriction par objet

### 1. L'affaire dite « du bœuf irlandais »

7. La Cour de justice a eu l'occasion de prendre position sur la notion de restriction par objet dans un arrêt *Beef Industry* du 20 décembre 2008 (10), à propos d'un accord de limitation

de production dans un contexte de crise agricole. Pour sa défense, la *Beef Industry Development Society Ltd* (BIDS) faisait valoir que ses accords ne renfermaient pas d'objet anticoncurrentiel et n'entraînaient pas de conséquences néfastes pour les consommateurs ou, plus généralement, pour la concurrence. Il s'agissait seulement de rationaliser la filière bovine pour la rendre plus concurrentielle en réduisant les surcapacités de production, sans pour autant les éliminer.

La Cour, cependant, refuse de la suivre sur ce terrain. Si elle distingue, de façon classique, entre l'objet et l'effet anticoncurrentiel (point 17 de l'arrêt), elle les place tous deux sur le même plan probatoire tout en indiquant que, « pour déterminer si un accord relève de l'interdiction énoncée à l'article 81, § 1, CE, il y a lieu de s'attacher à la teneur de ses dispositions et aux buts objectifs qu'il vise à atteindre. A cet égard, à supposer même qu'il soit établi que les parties à un accord ont agi sans aucune intention subjective de restreindre la concurrence, mais dans le but de remédier aux effets d'une crise sectorielle, de telles considérations ne sont pas pertinentes aux fins de l'application de ladite disposition. En effet, un accord peut être considéré comme ayant un objet restrictif même s'il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d'autres objectifs légitimes (...) » (point 21).

8. La Cour observe ainsi que les accords BIDS visaient essentiellement à permettre à plusieurs entreprises de mettre en œuvre une politique commune ayant pour objet de favoriser la sortie du marché de certaines d'entre elles et de réduire, par voie de conséquence, les surcapacités qui affectent leur rentabilité en les empêchant de réaliser des économies d'échelle (point 33). Elle en conclut que « ce type d'accords se heurte de manière patente à la conception inhérente aux dispositions du traité CE relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché. L'article 81, § 1, CE vise en effet à interdire toute forme de coordination qui substitue sciemment une coopération pratique entre entreprises aux risques de la concurrence » (point 34).

9. Tout en reconnaissant leur existence, la Cour ne tient aucun compte des « objectifs légitimes » poursuivis par les parties. Seule importe, à ses yeux, la défense de la structure du marché. Curieusement, la justification qu'elle avance n'est pas sans rappeler les échos de l'affaire « Matières colorantes » ou ceux de l'affaire « Industrie européenne du sucre » (11) concernant non des accords entre entreprises, mais des pratiques concertées. Si bien que cette justification « (...) n'a aucun sens dans le cas particulier d'accords dont personne ne nie l'existence ». Et mieux encore : « Ce raisonnement généralisé conduirait à l'extrême à considérer tous les accords entre concurrents comme ayant un objet anticoncurrentiel. L'arrêt va à contre-courant de l'analyse dominante en droit de la concurrence, qui insiste au contraire sur l'importance d'une analyse des effets » (12).

10. L'analyse détaillée du contexte dans lequel les accords litigieux se situent – détaillée mais sélective, puisqu'en sont écartés la période de crise et les objectifs légitimes poursuivis par les parties – permet à la Cour de leur imputer un objet

(8) L. Vogel, « La distribution par internet après l'arrêt *Pierre Fabre* n° 12 » : *Concurrences* n° 1-2012 Colloque.

(9) Par exemple, CJCE 6-4-2006 aff. 551/03, *General Motors*, point 66 : Rec. I-3173, rappelé par l'Avocat général Whal dans ses conclusions du 27-3-2014 rendues dans l'affaire 67/13 P, voir note 29.

(10) CJCE 20-12-2008 aff. 209/07, *Beef Industry Development* et *Barry*

*Brothers* : Rec. I-8637.

(11) CJCE 14-7-1972 aff. 48/69, *ICI* : Rec. 619 ; CJCE 16-12-1975 aff. 40/73, *Suiker Unie* : Rec. 1663.

(12) L. Idot, *Prise de position de la Cour de justice des Communautés européennes sur la notion d'accord ayant un objet anticoncurrentiel* : RDC 2009 p. 113.

anticoncurrentiel, de façon curieusement inversée par référence à sa position antérieure. En effet, la prise en compte du contexte, global cette fois, l'avait conduite en 2002 à écarter la qualification dans un arrêt *Wouters*, où l'on peut lire l'attendu suivant :

« (...) tout accord entre entreprises ou toute décision d'une association d'entreprises qui restreignent la liberté d'action des parties ou de l'une d'elles ne tombent pas nécessairement sous le coup de l'interdiction édictée à l'article 85, § 1, du Traité. En effet, aux fins de l'application de cette disposition à un cas d'espèce, il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs, liés en l'occurrence à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice (...). Il convient ensuite d'examiner si les effets restrictifs de la concurrence qui en découlent sont inhérents à la poursuite desdits objectifs » (13).

11. L'explication réside dans le fait que, dans l'arrêt *Wouters*, l'objet anticoncurrentiel avait été identifié (points 90 à 95), puis « neutralisé » ensuite par l'examen du contexte dans lequel il s'inscrivait. Cela n'a rien de comparable avec la démarche suivie dans l'arrêt *Beef industry* où, tout au contraire, la Cour procède à une analyse des effets afin d'identifier l'objet anticoncurrentiel des accords concernés. Or il a été justement observé que « la prise en compte du contexte dans l'identification de l'objet anticoncurrentiel ne peut venir que conforter ou neutraliser l'examen des termes même de l'entente supposée. Elle ne peut nullement pallier l'absence d'identification effective d'un objet anticoncurrentiel par la démonstration des effets potentiels des mesures visées » (14).

12. Cette démarche sera pourtant réitérée en 2009, dans la réponse de la Cour à la question préjudicielle qui lui sera posée dans l'affaire *T-Mobile* (15), et dans le cadre de son examen de l'arrêt rendu par le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE), quelque trois ans plus tôt, dans l'affaire *GlaxoSmithKline* (16).

## 2. L'affermissement de l'approche élargie de l'objet anticoncurrentiel

### a. L'affaire « *T-Mobile Netherlands BV* »

13. En l'espèce, les cinq opérateurs se partageant le marché de la téléphonie mobile aux Pays-Bas avaient, au cours d'une réunion unique, échangé des informations concernant la réduction des taux de rémunération standard des revendeurs d'abonnement. Saisi, le juge néerlandais posera plusieurs questions préjudicielles à la Cour, l'une d'elles concernant l'identification de l'objet anticoncurrentiel d'une pratique concertée.

Après avoir réitéré le postulat classique selon lequel « une pratique concertée a un objet anticoncurrentiel (...) lorsque, en raison de sa teneur ainsi que de sa finalité et compte tenu du contexte juridique et économique dans lequel elle s'insère, elle est concrètement apte à empêcher, à restreindre ou à fausser

la concurrence au sein du marché commun », la Cour de justice indiquera qu'un échange d'informations entre concurrents poursuit un objet anticoncurrentiel dès lors qu'il est susceptible d'éliminer les incertitudes des entreprises quant à leur comportement futur sur le marché (point 43).

14. Voilà qui n'est guère explicite ; en effet, si tout échange d'informations est susceptible d'éliminer, de façon logique, les incertitudes des entreprises quant à leur comportement futur sur le marché, tous les échanges de ce type ne sont pas restrictifs de concurrence. De ce fait, il eût été bienvenu que la Cour indique les critères à prendre en considération pour identifier les échanges interdits, d'autant plus que les arrêts antérieurs visant ce type de pratiques concernaient tous des affaires en lesquelles plusieurs échanges avaient eu lieu, alors qu'ici, il n'y en avait eu qu'un seul. Il résulte de cet arrêt qu'« un échange isolé portant sur un paramètre de la concurrence lui-même isolé peut donc avoir un objet anticoncurrentiel » (17), lequel est identifié, de façon classique, par la référence au caractère plausible des effets anticoncurrentiels qu'il pourrait produire.

Une fois de plus, la Cour retient une interprétation large de l'objet anticoncurrentiel ; en outre, et comme dans l'affaire du bœuf irlandais, elle fait primer l'objectif de préservation de la structure du marché sur les intérêts des concurrents ou des consommateurs (point 39).

### b. L'arrêt « *GlaxoSmithKline* »

15. Dans le droit fil de l'arrêt *Wouters* (nos 10 et 11), le TPICE avait écarté la qualification d'objet anticoncurrentiel à propos de clauses restrictives limitant le commerce parallèle des médicaments (18), l'analyse abrégée devant être complétée « selon ce qu'exigent les circonstances » ; or tel est le cas « lorsque des interdictions de commerce parallèle, considérées en principe comme contraires à la concurrence, servent en réalité le bien-être du consommateur » (points 115 à 119). En d'autres termes, un accord restreignant le commerce parallèle ne peut pas être considéré comme anticoncurrentiel par son objet dès lors que, eu égard à son contexte particulier (19), on ne peut pas présumer que la restriction en cause réduit le bien-être du consommateur final.

Loin de la nier, la Cour souligne l'importance du contexte économique d'un accord pour apprécier l'existence d'un objet anticoncurrentiel (voir notamment points 55 et 58 de l'arrêt) ; mais elle n'en considère pas moins que le Tribunal a commis une erreur de droit, dans la mesure où le critère de l'atteinte au bien-être du consommateur final ne constitue pas une condition de la constatation d'une restriction de la concurrence par l'objet. Il se trouve en effet que « l'art. 81 CE vise, à l'instar des autres règles de concurrence énoncées dans le Traité, à protéger non pas uniquement les intérêts des concurrents ou des consommateurs mais la structure du marché et ce faisant, la concurrence en tant que telle ». Dès lors, poursuit-elle en établissant le parallèle avec l'arrêt *T-Mobile*, la restriction de concurrence par objet « ne saurait être subordonnée à ce que les consommateurs finals soient privés des avantages d'une concurrence efficace en termes d'approvisionnement ou de prix (...) » (point 63).

(13) CJCE 19-2-2002 aff. 309/99, *Wouters*, point 97 : Rec. I-1577.

(14) Concl. Whal 27-3-2014 aff. 67/13, point 44. Voir note 29.

(15) CJCE 4-6-2009 aff. 8/08, *T-Mobile Netherlands*, point 29 : Rec. I-4529, RJDA 1/10 n° 79.

(16) CJCE 6-10-2009 aff. 501/06, *GlaxoSmithKline Services* : Rec. I-9291, RJDA 1/10 n° 78 ; C. Prieto, J.-Cl. Europe Traité fasc. 1410 n° 28 et 29, qui voit dans l'affaire du bœuf irlandais un « recentrage » du contexte général opéré

par la Cour.

(17) L. Idot, « Précisions de la Cour de justice sur les échanges d'informations entre concurrents » : RDC 2009 p. 1401.

(18) TPICE 27-9-2006 aff. 168/01, *GlaxoSmithKline Services* : Rec. II-2969, RJDA 12/06 n° 1269.

(19) Du fait de la régulation, le prix des médicaments était dans une large mesure soustrait au jeu de la libre concurrence.

16. L'enseignement à tirer de ces divers arrêts est double : d'une part, l'objet anticoncurrentiel ne se limite pas aux ententes injustifiables et aux restrictions caractérisées ; d'autre part, il peut se déduire de l'analyse du contexte économique qui s'apparente, ici, à un véritable examen des effets actuels ou potentiels des accords en cause. Or il s'agit là d'un dévoiement de la distinction objet/effet, puisque les restrictions par objet sont celles qui « sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence, qu'il est inutile (...) de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché » (LD, point 21 précité).

On l'a dit, la prise en compte du contexte, dans l'identification de l'objet anticoncurrentiel, devrait seulement le conforter, voire le neutraliser, comme l'a fait la Cour dans l'arrêt Wouters (voir n<sup>os</sup> 10 et 11) et comme elle en a repris le principe, en 2011, dans l'arrêt Football Association Premier League – rendu en en grande chambre – : un contrat de licence visant à interdire ou à limiter la prestation transfrontalière des services de radio-diffusion « est réputé avoir pour objet de restreindre la concurrence, à moins que d'autres circonstances relevant de son contexte économique et juridique ne permettent de constater qu'un tel contrat n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence » (20).

## II. De vains espoirs d'éclaircissement

### A. Où la Cour de justice persiste et signe...

17. L'élargissement de l'objet anticoncurrentiel fut probablement à l'origine de la question préjudicielle posée en 2011 à la Cour de justice, à propos de l'interdiction générale et absolue de vendre sur internet les produits contractuels, imposée aux distributeurs agréés par Pierre Fabre Dermo-Cosmétique au sein de son réseau de distribution sélective. Selon la formulation de la cour d'appel de Paris, s'agissait-il là d'une « restriction caractérisée de la concurrence par objet » ?

L'occasion était ainsi offerte à la Cour de clarifier la notion sous examen, mais elle ne la saisira pas. Prenant appui sur sa jurisprudence GlaxoSmithKline (n<sup>os</sup> 14 et 15), elle se contente de reprendre les postulats classiques selon lesquels la restriction par objet s'identifie par rapport à « (...) la teneur de la clause, aux objectifs qu'elle vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère », d'où elle infère que l'interdiction de vendre sur internet est une restriction par objet, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée (21).

18. La Cour confortera cette approche par l'analyse approfondie du contexte económico-juridique pour identifier une restriction par objet au sein du mécanisme d'éviction mis en place par les banques slovaques (22), sous forme de banales résiliations de contrats relatifs à des comptes courants (23). Elle la réitérera dans l'affaire Allianz Hungaria, où une question préjudicielle lui était posée à propos d'accords par lesquels des sociétés d'assurance automobile s'étaient entendues avec des concessionnaires d'automobiles sur le taux horaire à payer par la société d'assurance pour la réparation de véhicules assurés par celle-ci, en prévoyant que ce taux dépendrait du nombre et de

la proportion de contrats d'assurance commercialisés par le concessionnaire (24).

Certes, la Cour se montre très claire sur un point, posant avec fermeté que « s'il existait entre ces deux sociétés un accord horizontal ou une pratique concertée destinée à répartir le marché, un tel accord ou une telle pratique devraient être qualifiés de restriction par objet et entraîneraient également l'illégalité des accords verticaux conclus pour mettre en œuvre cet accord ou cette pratique » (point 45). Pour le reste, elle se contente d'en référer aux arrêts précités (GlaxoSmithKline, Football Association Premier League, Pierre Fabre) pour redire que les accords en cause peuvent être qualifiés de restrictions de concurrence par objet si, « à la suite d'un examen individuel et concret de la teneur et de l'objectif de ces accords ainsi que du contexte économique et juridique dans lequel ils s'inscrivent, il apparaît que ceux-ci sont, par leur nature même, nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence sur l'un des deux marchés concernés » (point 51 et motifs).

19. A propos de cet arrêt, on a pu remarquer que, « si l'on se limite au « dit pour droit » (...), il n'est pas certain que le juge national soit vraiment aidé. Certes, il trouve dans les motifs des indications sur le raisonnement à suivre. Il n'en demeure pas moins qu'entre la définition de la restriction par objet, « restriction par sa nature même... », et son identification au moyen d'une méthode multicritère, proche, sinon identique à celle qui doit être suivie pour l'analyse des effets, il n'y a qu'un fil (...) » (25). Et il est vrai que l'examen du contexte préconisé par la Cour, consistant en une évaluation du risque d'élimination ou de grave affaiblissement de la concurrence sur le marché en cause, eu égard notamment à « la structure de ce marché, [à] l'existence de canaux de distribution alternatifs et [à] leur importance restrictive ainsi [qu'] au pouvoir de marché des sociétés concernées », se distingue mal de celui portant sur d'éventuels effets restrictifs de concurrence.

### B. Appréciation critique

20. L'approche de la Cour dans l'identification de l'objet anticoncurrentiel conduit, en pratique, à élargir son domaine en lui donnant un contenu aux frontières floues, variables selon les espèces. Certes, il paraît logique de poser en principe, comme elle le fait, qu'il n'existe pas d'objet anticoncurrentiel « per se », tiré d'un type spécifique de restrictions. C'est ce qui distingue le droit européen de la concurrence du droit antitrust américain, lequel érige un certain nombre de comportements en infractions de ce type. Mais l'appréciation de l'objet devrait être clairement distinguée de l'analyse des effets des comportements litigieux ; en effet, le « brouillage des pistes » auquel se livrent les autorités de contrôle est peu propice à la prévisibilité, partant, au besoin de sécurité juridique des opérateurs économiques dont la nécessité est pourtant affirmée, à la façon d'un leitmotiv, dans les textes du droit de la concurrence.

21. Certes, l'identification d'une restriction par objet génère des avantages pour les autorités de contrôle, dès lors dispensées d'apporter la preuve d'effets restrictifs sur la concurrence. Il y a là une économie de moyens non négligeable pour elles, dont les conséquences peuvent toutefois se révéler drastiques pour

(20) CJUE 4-10-2011 aff. 403/08, Football Association Premier League point 140 : Rec. I-9083 où elle écarte ces autres circonstances dans l'espèce.

(21) CJUE 13-10-2011 aff. 439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique : Rec. I-9419, RJDA 2/12 n<sup>o</sup> 208.

(22) CJUE 7-2-2013 aff. 68/12, Slovenská sporiteľňa.

(23) En application des LD précitées selon lesquelles « Il arrive que les modalités concrètes de mise en œuvre d'un accord révèlent une restriction

par objet, alors que celle-ci n'est pas expressément stipulée dans l'accord » (pt 22), la Cour y précise qu'il convient d'aller au-delà de l'apparence d'un accord anodin afin de déceler des mécanismes qui, tout en étant masqués avec habileté, heurtent frontalement la concurrence.

(24) CJUE 14-3-2013 aff. 32/11, Allianz Hungária Biztosító.

(25) L. Idot, « La Cour de justice revient une nouvelle fois sur la notion d'« objet anticoncurrentiel » » : RDC 2013 p. 955.



les entreprises poursuivies : lorsqu'une restriction de concurrence par objet est identifiée, elles ne sont admises, ni à démontrer l'absence d'effet de la pratique en cause, ni à faire valoir ses éventuels effets positifs. Les conditions de l'article 101, § 1 sont réputées remplies et elles n'ont plus d'autre choix, pour échapper à la sanction, que d'établir la réunion des quatre conditions de l'article 101, § 3 (notamment le partage du profit avec les consommateurs). Au contraire, lorsque l'analyse porte sur les effets, faute d'objet anticoncurrentiel, l'entreprise peut démontrer leur absence ou, le cas échéant, la réalité et l'importance d'effets proconcurrentiels sur le fondement de l'article 101, § 1. C'est toute la différence qui sépare une entente anticoncurrentielle exemptée (1<sup>e</sup> hypothèse) d'une entente non restrictive de concurrence.

22. L'affirmation récurrente selon laquelle la restriction par objet est distincte de la restriction par les effets n'est-elle pas stérile, si les deux sont appréciées à l'identique ou si la première doit être identifiée, non par simple référence à la probabilité de la seconde,

mais à travers la recherche de celle-ci ? L'objet restrictif de concurrence devrait être ramené à un « noyau dur », de façon à ne pas surprendre les entreprises par des interprétations confuses ou divergentes. Entre l'analyse contextuelle sans nuances ci-dessus exposée et l'approche formaliste à l'américaine, ne peut-on faire une place à une identification « encadrée » de la restriction par objet ? La question a été posée à la Cour par l'Avocat général Nils Wahl, dans ses conclusions du 27 mars 2014 à propos de l'affaire CB/Commission. Laissons-lui le mot de la fin pour conclure, avec lui, que les comportements restrictifs par l'objet sont ceux « dont le caractère nocif est, au vu de l'expérience acquise et de la science économique, avéré et facilement décelable, et non les accords qui, au vu du contexte dans lequel ils s'insèrent, présentent des effets ambivalents sur le marché ou qui sont porteurs d'effets restrictifs accessoires nécessaires à la poursuite d'un objectif principal non restrictif de concurrence » (26).

(26) Concl. Wahl 27-3-2014 aff. 67/13 point 56 (pourvoi formé contre l'arrêt du Trib. UE du 29-11-2012 aff. 491/07, rejetant le recours du GIE cartes bancaires contre la décision de la Commission du 17-10-2007). A. Ronzano, « L'avocat général Wahl invite la Cour à adopter une conception restrictive

de la notion de « restriction par objet » et d'annuler en conséquence l'arrêt du Tribunal confirmant que des mesures en cause dans une affaire avaient pour « objet » de restreindre la concurrence (GIE Carte bancaire) » : Concurrences n° 2-2014 p. 228.